

Respecto a la Ilegalidad y arbitrariedad del acto recurrido: La recurrente agrega que padece una enfermedad psiquiátrica que la mantiene con licencia médica y que producto de lo anterior su médico le recomendó como terapia, el ejercicio regular de actividad física. Señala además que, la empresa no le permite el acceso al Gimnasio por no contar con “Pase de Movilidad” e indica que solicitar la exhibición del “Pase de Movilidad” y la cédula de identidad es un acto ilegal, puesto que los funcionarios del Gimnasio no tendrían las facultades para requerir datos médicos ni realizar controles de identidad, utilizando el “Pase de Movilidad”, como si éste sirviese para acreditar si una persona está sana o no, y aquellos que no cuentan con él los considera enfermas y contagiosas, inmiscuyéndose en la esfera privada de los socios que voluntariamente no han querido vacunarse. Señala además que, se encuentra en igualdad de condiciones en comparación con otros socios, que ha pagado su membresía y su contrato por el servicio de Personal Trainer y que la compañía ha decidido de manera antojadiza, arbitraria y caprichosa impedir su acceso al Gimnasio, en desmedro de su salud. Sostiene que la Superintendencia de Salud indica en su sitio Web que la “Ficha Clínica” y demás documentos donde se registren procedimientos y tratamientos a los que fueron sometidas las personas, es considerada como dato sensible y por tanto tiene calidad de reservada.

La recurrente solicita a VS.I que.: *a) Se declaren infringidos los derechos constitucionales: derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la igualdad ante la ley, a la libertad personal, a la libertad de conciencia, al derecho de propiedad y a la no discriminación arbitraria., b) Que producto de lo anterior, se adopte todo tipo de medidas dirigidas a reestablecer el imperio del Derecho y asegurar la tutela de los derechos fundamentales vulnerados., c) Que la recurrente pueda asistir a sus clases de boxeo en el Gimnasio de tal*

modo que pueda continuar con su tratamiento médico y se declare que la recurrida por medio de sus funcionarios no posee facultades para solicitar el “Pase de Movilidad” por cuanto constituye un documento que contiene datos sensibles, personales, relativos a la salud y están protegidos por la confidencialidad y d) Costas derivadas de la interposición del recurso de protección.

2. Relación de los hechos que se informan

De acuerdo con lo solicitado por VS.I., mediante resolución de fecha 13 de octubre del año 2021, puedo informar lo siguiente sobre el recurso deducido:

A la fecha en que ocurrieron los hechos que motivan el ejercicio de esta acción cautelar, es decir el 30 de agosto del año 2021, la comuna de [REDACTED] y por consiguiente [REDACTED] se encontraba vigente en cuanto al plan Paso a Paso regulado por la resolución N°744 exenta del 13 de agosto del año 2021, publicado al día siguiente en el Diario Oficial, que modifica la resolución Número 644 exenta del 14 de Junio del año 2021, que establece el Tercer Plan paso a paso, reemplazando el **numeral 113** por el siguiente: **“De los gimnasios y análogos.** *Se permite el funcionamiento de gimnasios, sujeto a las siguientes reglas: a. Las personas y máquinas deberán estar separadas entre sí por una distancia mínima de un metro lineal. b) Las actividades grupales deberán cumplir con lo dispuesto en el numeral 116. c) **En el caso de lugares cerrados, sólo podrán asistir personas que cuenten con un Pase de Movilidad habilitado.** d) En el caso de lugares cerrados, la ventilación deberá cumplir con la norma estándar de ventilación”.* Con la esta modificación se subsanó la omisión de la autoridad en la resolución N°644, haciendo aplicable en todas las fases del plan Paso a Paso la exigencia de contar con “Pase de Movilidad” para el ingreso a Gimnasios emplazados en lugares cerrados, como es el de mi representada. Conforme a lo anterior, es posible sostener que a la

fecha que ocurrieron los hechos que motivaron el recurso la exigencia de la resolución N°744 exenta del 13 de agosto del año 2021, publicado al día siguiente en el Diario Oficial, que modifica la resolución Número 644 exenta del 14 de Junio del año 2021 es que con el objeto de resguardar la salud pública y prevenir los contagios en la población, solo se permitirá el ingreso a gimnasios exigiendo el Pase de Movilidad a la persona que desee y/o tenga que asistir a éste.

A mayor abundamiento el actual Cuarto Plan Paso a Paso, contenido en la Resolución Número 994 exenta con fecha 30 de septiembre del año 2021, del Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública, publicado en el Diario Oficial con fecha 01 de octubre del año 2021, que contiene menos restricciones, aún así exige en todas fases del plan paso a paso, el pase de movilidad habilitado para el ingreso a gimnasios:

“III. Paso 2 Transición. (numeral 79)

79. De los Gimnasios y análogos. El funcionamiento de gimnasios estará sujeto a las siguientes reglas:

a. En espacios cerrados, el público asistente deberá contar con un pase de movilidad habilitado.

IV. Paso 3. Preparación. (numeral 90)

90. De los Gimnasios y análogos. El funcionamiento de gimnasios estará sujeto a las siguientes reglas:

b. En espacios cerrados, el público asistente deberá contar con un pase de movilidad habilitado.

V. Paso 4: Apertura inicial. (numeral 101)

101 De los Gimnasios y análogos. El funcionamiento de gimnasios estará sujeto a las siguientes reglas:

c. En espacios cerrados, el público asistente deberá contar con un pase de movilidad habilitado.

VI. Paso 5: Apertura Avanzada (numeral 112)

112 De los Gimnasios y análogos. El funcionamiento de gimnasios estará sujeto a las siguientes reglas:

a. En espacios cerrados, el público asistente deberá contar con un pase de movilidad habilitado.”

Conforme a lo anterior, las reaperturas de todos nuestros gimnasios (que son en espacios cerrados) se han ejecutado en estricto cumplimiento de las normas y medidas sanitarias establecidas por el Ministerio de Salud, contempladas en las resoluciones exentas que han implementado el “Plan Paso a Paso “ para diferentes periodos de la pandemia, ya señaladas.

En relación a ello, el cuerpo normativo vigente, al momento de ocurrido los hechos que motivan esta acción cautelar, establece que para el ingreso y funcionamiento de gimnasios **sólo podrá asistir personas que cuenten con su pase de movilidad habilitado**, por lo tanto, dicha exigencia legal, impuesta por la autoridad en la resolución N°744 exenta del 13 de agosto del año 2021, publicado al día siguiente en el Diario Oficial, que modifica la resolución Número 644 exenta del 14 de Junio del año 2021, establece como un requisito legal para el ingreso de cualquier persona y no solo de clientes o socios del gimnasio que cuenten con su pase de movilidad habilitado, por tanto es una obligación legal de mi

representada exigir a quien desee ingresar al gimnasio el pase de movilidad habilitado, es una norma legal que debemos acatar.

Al dar cumplimiento a la obligación legal de exigir el pase de movilidad para el ingreso de persona (incluido socios ya que la ley no distingue) a nuestros gimnasios, no existe, claramente, de nuestra parte una intención de excluir a nuestros socios, sino que solo estamos dando cumplimiento a una obligación legal y sanitaria que se han dictado para el funcionamiento de los gimnasios en espacios cerrados, como lo son los de mi representada.

Por lo anteriormente expuesto, mi representada no tiene inconveniente en prestar los servicios ofrecidos y mantener las condiciones acordadas en los contratos suscritos con la recurrente, pero para ello no puede pasar por alto las normas que sobre el particular se han dictado para la industria del Fitness y que son, entre otras, que para el ingreso a personas a Gimnasios en lugares cerrados, estas personas deben contar con su pase de movilidad habilitado..

Es por ello que mi representada al no permitir el ingreso de la recurrente a los gimnasios de su propiedad, por no contar ella con su pase de movilidad habilitado, está cumpliendo con la ley y por lo mismo no ha cometido mi representada un acto ni ilegal ni arbitrario (precisamente lo contrario al cumplir con las normas legales sanitarias impuestas) por lo que no se dan los requisitos legales de un recurso de protección y por ello mismo debe rechazarse.

En relación con los derechos vulnerados que la recurrente indica, cabe mencionar lo siguiente:

1. Derecho a la Vida e Integridad Física y Psíquica, artículo 19 N°1 C.P.R., como mencionaba en párrafos anteriores, según el plan Paso a Paso regulado por la

resolución N°744 exenta del 13 de agosto del año 2021, publicado al día siguiente en el Diario Oficial, que modifica la resolución Número 644 exenta del 14 de Junio del año 2021, vigente a la fecha de los hechos que motivaron el recurso, el acceso al Gimnasio en lugares cerrados, como son los gimnasios de mi representada, sólo está permitido a aquellas personas (incluyendo por ciertos a los socios) **que cuenten con el “Pase de Movilidad” habilitado.**

Sin perjuicio de lo anterior, la recurrente podría continuar con sus clases de boxeo online, vía la plataforma [REDACTED], que le permitiría continuar con el entrenamiento que mantenía en el Gimnasio, manteniendo su tratamiento, mejorando su calidad de vida y acelerando su recuperación, e igualmente seguir cumpliendo con las exigencias sanitarias que nos impone la autoridad. Como cadena líder en la industria del fitness, sabemos lo importante de la actividad física para la mejora en la calidad de vida y la salud de nuestros socios.

2. Igualdad ante la Ley. Principio de no discriminación, artículo 19 N° 2 CPR. Con relación con este punto, la empresa no hace diferencias entre sus socios, ya que a todas las personas que deseen ingresar se les exige el “Pase de Movilidad” habilitado para entrar al Gimnasio, no es un requisito que se haya impuesto a la recurrente únicamente, sino que es un requisito impuesto por la resolución exenta tantas veces mencionada para controlar la propagación del virus COVID -19, noma que mi representada no puede sino acatar para poder funcionar.
3. Respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales, artículo 19N°4, en relación con esto, los funcionarios del Gimnasio solicitan a todos los socios el “Pase de Movilidad”, cumpliendo con todos los protocolos y exigencias indicadas en la ley y

en el “Plan paso a paso”, solicitando su exhibición y verificando la identidad del socio con un documento de identificación tal como lo indica el numeral 61 de la Resolución Número 644 exenta del Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública, que establece el Tercer “Plan paso a paso”, con fecha 14 de Julio del año 2021, publicado el 15 de julio del mismo año: ***“De la verificación. Para efectos de verificar si un Pase de Movilidad está habilitado, se deberá exhibir a quien corresponda el certificado de vacunación a que hace referencia el numeral 59 y un documento de identificación”***.

4. Derecho a la Libertad de Conciencia, artículo 19 N°6 CPR. En cuanto a la supuesta vulneración de este derecho, la compañía sólo está exigiendo un requisito impuesto por la ley que ha dictado la autoridad sanitaria y que ha establecido para el ingreso de clientes a los Gimnasios, en ningún caso se le ha exigido por parte de la cadena, a ninguna persona que se vacune.
5. Derecho a la Libertad personal y seguridad individual, artículo 19N°7 CPR., el “Pase de Movilidad” habilitado no afecta la libertad de desplazamiento de la recurrida, ya que ella puede desplazarse libremente sin el “Pase de Movilidad“, y el legislador solo lo exige para ciertas circunstancias o actividades, que por cierto, no son solo los gimnasios. Así lo indica el numeral 60, primer párrafo, de la Resolución Número 644 exenta del Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública, que establece el Tercer “Plan paso a paso”, con fecha 14 de julio del año 2021, publicado el 15 de julio de del mismo año: ***“De los efectos del Pase de Movilidad. El Pase de Movilidad habilitado no afectará la movilidad de su titular, y producirá los efectos que explícitamente se señalen en los actos administrativos dictados por la autoridad sanitaria”***. Con el pase de movilidad habilitado el legislador buscó, en ciertas

circunstancias y/o actividades, resguardar la vida y salud de las personas al evitar contagios y/o si se producían éstos el resultado del contagio no fuera de muerte.

6. Derecho de Propiedad, artículo 19N°24 CPR., la recurrente bien puede ejercer los derechos que el contrato le faculta, sólo que, no podrá hacerlo de forma plena y no via esta acción cautelar de carácter extraordinaria, sino en la sede judicial que corresponda. Con relación a ello y aplicable también para todos los anteriores derechos eventualmente vulnerados, es importante señalar que los derechos fundamentales no son absolutos, éstos tienen limitaciones, **las que en palabras de Hugo Tórtora Aravena pueden ser explícitas o no, que a su vez pueden ser ordinarias o extraordinarias, éstas últimas son aquellas que se producen sólo durante circunstancias de emergencia social o institucional, y que han dado curso a la declaración de estados de excepción constitucional. (Las Limitaciones a Los Derechos Fundamentales, Estudios Constitucionales, Año 8, N°2, 2010, PP167-200. Hugo Tórtora Aravena).**

Diversas afirmaciones formuladas por la recurrente en su libelo, son inexactas, erradas o derechamente falsas:

- No se ha discriminado a la recurrente puesto que la exigencia de “Pase de Movilidad” es para todos los socios, no se hace distinción con ella.
- No existe un intento indirecto de mi representada de hacer que la recurrida se vacune, sólo se exige lo que la norma solicita, de acuerdo con las fases del “Plan paso a paso”.
- Contrario a lo afirmado por la recurrente, la recurrida ha seguido los procedimientos establecidos por la ley y la autoridad sanitaria.

II.- EXCEPCIONES O DEFENSAS

1.- Ausencia de acción u omisión ilegal o arbitraria

El Recurso de Protección se define como una acción cautelar de ciertos derechos fundamentales frente a los menoscabos que puedan experimentar como consecuencia de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la autoridad o de particulares. Son presupuestos de esta acción cautelar: a) que exista una acción u omisión ilegal o arbitraria; b) que como consecuencia de la acción u omisión ilegal o arbitraria se prive, perturbe o amenace un derecho; y c) que dicho derecho esté señalado como objeto de tutela en forma taxativa en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. *Así lo ha determinado esta misma Corte, confirmada por la Corte Suprema, con fecha 15 de julio del año 2021 en que se recurre respecto de la ejecución del permiso o pase de movilidad y sus requisitos de procedencia, cuestión que se enmarca en un política pública del Ejecutivo, a través del Ministerio de Salud, en el contexto de la pandemia global, siendo un acto de gobierno, en cuya determinación o establecimiento no le corresponde a los Tribunales de Justicia intervenir; máxime que no se denuncia ilegalidad o arbitrariedad alguna; excediendo lo pedido a los fines y naturaleza de esta acción cautelar, expedita y de excepción y, visto lo dispuesto en el numeral dos del auto acordado sobre la materia, se declara inadmisibile el arbitrio de inicio. (Resolución de fecha 16 de Junio del año 2021, en la causa Rol 30382-2021)*

Como se ha venido señalando mi representada al exigir el pase de movilidad habilitado a la recurrente solo está cumpliendo con un imperativo legal por lo que precisamente es todo lo contrario al primer requisito de un recurso de protección que es que exista una acción u omisión ilegal o arbitraria.

2.- Acción cautelar excepcional

El Recurso de Protección es de carácter excepcional y grave, por lo que no es viable emplear la acción de protección como una herramienta de control jurisdiccional constitucional a posteriori de las disposiciones legales y medidas dictadas por la autoridad sanitaria en el marco de sus competencias durante un estado de excepción constitucional y alerta sanitaria, ya que lo que se reclama es el mérito de determinadas políticas públicas y obligaciones legales impuestas por normas legales sanitarias, en este caso el “Pase de Movilidad”, a lo que el Poder Judicial no puede atribuirse esa función.

La Iltrma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt resolvió un caso similar, rechazando la acción de protección, expresando al respecto lo siguiente: *“Como se ha señalado previamente, la función de dictar las políticas públicas dentro de un Estado Democrático de Derecho le corresponde efectuarlo al Gobierno que asuma la dirección del Poder Ejecutivo del país, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia en esta materia, no siendo posible, por tanto, al Poder Judicial atribuirse dicha función en conocimiento y resolución de una acción de protección como la de esta causa, por cuando aquello podría implicar la intromisión en facultades privativas que el constituyente ha establecido al respecto. Lo anterior es particularmente relevante en el actual contexto de pandemia, donde la autoridad sanitaria debe procurar tomar las mejores decisiones en dichas materias y para lo cual mantiene un órgano consultivo de expertos en temas sanitarios, como es de público conocimiento” (Iltrma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Protección ROL N° 784-2021, del 4 de agosto del año 2021, considerando sexto)*

La Iltrma Corte de Apelaciones de Concepción rechazó una acción de protección que pretendía dejar sin efecto el pase de movilidad, similar a la de autos, señalando lo siguiente:

“En la especie, el recurrente conforme a los argumentos que invoca, pretende la extinción del acto administrativo en que sustenta su acción, cuyas causales, fundamentos, prueba y valoración, escapan a la finalidad y naturaleza del procedimiento fijado para la acción deducida, sin que pueda inferirse entonces la existencia indubitada de una garantía constitucional de la que sea titular el recurrente y que haya sido amagada o vulnerada por la Administración del Estado, por lo que la acción intentada no puede prosperar.” (Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, Protección ROL N° 9503-2021, del 28 de septiembre del año 2021, considerando séptimo)

En este sentido, la acción de protección no puede tener como objetivo que los Tribunales se pronuncien sobre la adopción y el mérito de medidas propias de la definición e implementación de determinadas políticas públicas por las autoridades competentes, y en particular en un contexto de pandemia, pues ello corresponde a la esfera de competencias de otro Poder del Estado, en este caso del Poder Ejecutivo.

El Recurso de Protección es de carácter excepcional, grave y estricto, por lo que los agravios que la recurrente alega contra mi representada no son ilegales ni arbitrarios, por lo que no alcanzan los estándares que exige la tutela de este recurso, y por tanto debe rechazarse.

POR TANTO, en virtud de lo expuesto, dispuesto en el Artículo 19 y 20 de la Constitución Política de la Republica; Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, y demás normas constitucionales y legales pertinentes.

PIDO A US ILTMA. tener por evacuado informe solicitado y en virtud de los gundamentos de hechos y de derecho expuestos en este informe, los que se dan por reproducidos en virtud del principio de economía procesal, rechazar, con costas, el recurso de protección interpuesto en contra de [REDACTED]

PRIMER OTROSI: A SS ILTRMA. PIDO tener por acompañada, con citación, copia de la escritura publica donde consta mi personería para actuar en representación de [REDACTED]

SEGUNDO OTROSI: A SS ILTRMA PIDO tener presente que vengo en delegar el poder con que actúo en estos autos en la abogada [REDACTED] correo electrónico [REDACTED] de mí mismo domicilio, sin perjuicio de reasumir el poder en cualquier momento. Con la sola actuación de la abogada [REDACTED] [REDACTED] en estos autos se entenderá que ha aceptado la delegación de poder.

